

Avis n° 2019/1 du 18 février 2019

En réponse à la demande dont il a été saisi par la secrétaire générale du Conseil d'Etat, le Collège a émis l'avis suivant :

« Madame la Secrétaire générale,

I-. La demande d'avis, en date du 12 février 2019, que vous avez soumise au Collège porte, d'une part, sur la question de portée générale de savoir si –et, le cas échéant, dans quelles conditions- les « conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions consultatives » au sens du II de l'article L. 121-4 du code de justice administrative peuvent, au regard des règles et principes déontologiques rappelés par la Charte de déontologie de la juridiction administrative, se livrer à des activités annexes pendant la durée de leur mandat et, d'autre part, sur l'application de ce régime à un cas individuel.

Le Collège s'est successivement interrogé sur le cadre général dans lequel la possibilité de telles activités doit être appréciée et sur les modalités d'un tel exercice.

II-.1. Le texte de la demande d'avis conduit le Collège à soulever la question préalable du champ d'application de l'article L. 121-7 du code de juridiction administrative, selon lequel : « Les conseillers d'Etat en service extraordinaire qui exercent une activité professionnelle privée ne peuvent, dans l'exercice de cette activité, mentionner ou laisser mentionner leur qualité. Ils ne peuvent, postérieurement à leur nomination au Conseil d'Etat, entreprendre à titre professionnel des activités privées lucratives interdites aux autres membres du Conseil d'Etat sans autorisation préalable du vice-président ».

Sous réserve du pouvoir souverain d'appréciation du juge de la légalité des actes administratifs, le Collège est d'avis que la combinaison des deux phrases de cet article conduit à considérer que la disposition de la deuxième phrase -qui , par dérogation au droit commun, prévoit, sous réserve d'une autorisation préalable du vice-président, la possibilité, « postérieurement à la nomination », « d'entreprendre à titre professionnel des activités privées lucratives interdites aux autres membres du Conseil d'Etat »- s'applique aux conseillers d'Etat en service extraordinaire qui, avant leur nomination, exerçaient « une activité professionnelle privée ».

Cette interprétation, de nature littérale et grammaticale, lui paraît corroborée par la logique interne du dispositif : d'une part, il est légitime que le conseiller d'Etat en service extraordinaire qui exerçait une activité privée avant sa nomination puisse la faire évoluer ou en changer pendant son mandat ; d'autre part, il serait paradoxal que le fait pour un fonctionnaire d'être nommé conseiller d'Etat en service extraordinaire lui permette d'exercer à titre professionnel des activités privées plus largement que dans le cadre de son statut antérieur.

2. La possibilité pour un conseiller d'Etat en service extraordinaire qui n'exerçait pas d'activités privées avant sa nomination de se livrer à des activités annexes doit dès lors être appréciée par transposition et adaptation à la situation particulière des « conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions consultatives » des

principes relatifs aux activités accessoires qui sont rappelés par le chapitre VI de la Charte et qui valent pour l'ensemble des personnes régies par celle-ci.

A ce titre, de telles activités -dont l'exercice est subordonné à une autorisation préalable du vice-président- ne doivent ni affecter la dignité qui sied à l'institution ni, compte tenu de leur consistance, appréciée tant en elle-même que par référence à la rémunération correspondante, compromettre la disponibilité pour l'exercice des fonctions au sein du Conseil d'Etat.

S'agissant d'un conseiller d'Etat en service extraordinaire, si l'exigence relative à la disponibilité pour l'exercice des fonctions doit être appréciée compte tenu de la spécificité, notamment en ce qui concerne la charge de travail, du régime correspondant, elle doit aussi, le cas échéant, prendre en compte l'activité que l'intéressé continue d'exercer après sa nomination au Conseil d'Etat.

3. Si, comme le considère la demande d'avis - mais contrairement à l'analyse qui précède- l'article L. 121-7 était applicable, les critères -et notamment l'exigence de disponibilité- en fonction desquels la demande d'autorisation qu'il prévoit devrait être examinée ne diffèreraient pas dans leur principe de ceux mentionnés au 2 ci-dessus.

Toutefois le caractère dérogatoire de l'article L. 121-7 pourrait conduire à une appréciation plus libérale de ces critères.

III-. En l'espèce, le cas individuel sur lequel porte la demande d'avis concerne une personne qui, dès avant sa nomination comme conseiller d'Etat en service extraordinaire, appartient à un cadre de la fonction publique.

Dès lors, de l'avis du Collège, l'article L. 121-7 du code de juridiction administrative n'est pas applicable et c'est au regard des principes rappelés au II-.2. ci-dessus relatifs aux activités accessoires que le vice-président du Conseil d'Etat se prononcera sur les demandes d'autorisation.

IV-. La logique de l'institution traditionnelle des « conseillers d'Etat en service extraordinaire nommés pour exercer des fonctions consultatives » conduit normalement -et à juste titre -à ce qu'ils soient affectés à la section administrative ayant à connaître des questions qu'ils ont pratiquées à l'occasion de leurs activités antérieures et à laquelle ils pourront ainsi apporter le bénéfice de leur expérience. Une logique similaire fera généralement que c'est dans le même domaine qu'ils envisageront d'exercer des activités accessoires. La question se pose alors d'un risque de conflit d'intérêts ou d'atteinte à l'indépendance et à l'impartialité.

Le Collège est toutefois d'avis qu'il n'y a pas lieu de voir là une incompatibilité absolue qui ferait obstacle à une bonne utilisation des compétences et qu'il est possible, en prenant des précautions appropriées, de faire prévaloir la cohérence institutionnelle sans méconnaître les principes rappelés par les articles L. 131-2 et L. 131-3 du code de justice administrative, applicables aux conseillers en service extraordinaire en vertu de l'article L. 121-8 du même code.

A cet effet, il suggère par exemple que de façon périodique -et indépendamment des dispositions relatives à la mise à jour des déclarations d'intérêts - le président de la section

administrative d'affectation évoque avec l'intéressé la nature et l'éventuelle évolution de ses activités annexes, de façon à prévenir de possibles difficultés et à identifier par avance les missions qui seraient éventuellement incompatibles avec l'appartenance à la section ou, à tout le moins, devraient conduire à l'abstention lors de l'examen de certains dossiers.

Si, notamment à l'occasion de ces entretiens, il apparaissait que l'observation de ces précautions ferait poser des contraintes excessives pour le bon fonctionnement de la section, un changement d'affectation pourrait être envisagé.

Sous ces réserves, les activités de consultation pour le compte d'un établissement public et, éventuellement, d'organismes privés, qu'évoque la demande d'avis, ne paraissent pas inconciliables par principe avec l'affectation en section administrative précédemment décidée au vu du parcours professionnel antérieur et des compétences de l'intéressé.

V-. La question de savoir si de telles activités pourraient indifféremment être rémunérées dans un cadre libéral ou au travers d'une société de droit commercial créée à cet effet ne paraît pas trouver dans l'état du droit de réponse formelle de portée générale. Il serait toutefois assez insolite qu'un conseiller d'Etat en service extraordinaire par ailleurs toujours membre de son corps d'origine crée une société commerciale pour l'exercice d'activités lucratives privées.

VI-. C'est sous réserve de l'ensemble des considérations qui précèdent que le Collège est d'avis que les principes déontologiques propres à l'exercice de fonctions au Conseil d'Etat ne font pas obstacle aux projets évoqués par la demande d'avis.

Je vous prie, Madame la Secrétaire générale, d'agréer l'assurance de mes meilleures pensées. »